

# SEMINAR SYARIAH DAN COMMON LAW DI MALAYSIA

Anjuran  
Jabatan Syariah, Fakulti Pengajian Islam,  
Universiti Kebangsaan Malaysia  
dan

Majlis Peguam Malaysia  
dengan kerjasama  
Bahagian Hal Ehwal Islam  
Jabatan Perdana Menteri

KONFLIK DI ANTARA SYARIAH DAN COMMON LAW  
DI MALAYSIA: MASALAH DAN PENYELESAIAN

oleh  
Y. BHG. PROF. TAN SRI DATO' AHMAD IBRAHIM  
Dekan  
Fakulti Undang-undang  
Universiti Islam Antarabangsa

*Perpustakaan Undang-Undang  
Universiti Malaya*

TARIKH

16 - 17 Mei 1992/15 - 16 Zulkaedah 1412

TEMPAT

Dewan Muktamar, Pusat Islam,  
Jabatan Perdana Menteri, Kuala Lumpur

## Konflik di antara Syariah dan Common Law di Malaysia

### - Masaalah dan Penyelesaian

Pada mulanya kita perlu memberi istilah kepada Syariah dan Common Law. Untuk kertas kerja ini saya akan menggunakan makna yang luas iaitu memberi makna undang-undang Islam termasuk fiqh kepada Syariah dan sistem Undang-Undang mengikut Common Law kepada Common Law. Perbezaan yang penting antara Syariah dan Common Law ialah Syariah berasas kepada undang-undang atau ajaran yang diwahyukan oleh Allah dan sumbernya ialah Al-Quran dan Sunnah sungguhpun ia telah diperkembangkan oleh ijtihad ulama dan oleh fatwa, perundangan dan keputusan mahkamah. Sebaliknya pula Common Law berasal daripada adat dan kelaziman yang terdapat di England yang telah dikumpul dan diperluaskan oleh Hakim-hakim dan ditambah dengan undang-undang bertulis. Di Malaysia bolehlah dikatakan Syariah ditadbirkan di Mahkamah Syariah dan Common Law ditadbirkan di Mahkamah Sivil.

Sungguhpun pada mulanya undang-undang Islam bersama undang-undang adat Melayu telah diikuti di negeri-negeri didalam Malaysia dengan kedatangan British undang-undang Inggeris telah dimasukkan di negeri-negeri itu. Di Melaka dan Pulau Pinang yang dahulunya menjadi tanah jajahan British sebagai negeri-negeri Selat undang-undang Inggeris telah diterima sebagai undang-undang asas dan undang-undang negeri berasaskan kepada Piagam Keadilan 1826.



Undang-Undang Islam hanya dibenarkan diikuti apabila ternyata jika undang-undang Inggeris di kenakan ini akan membawa keanaiyaan dan ketidakadilan khususnya didalam perkara perkahwinan dan perceraian. Kemudiannya beberapa undang-undang telah dibuat untuk membolehkan undang-undang Keluarga Islam ditadbirkan di negeri-negeri Selat termasuk Pulau Pinang dan Melaka. Di negeri-negeri Melayu pada asalnya undang-undang Islam dan undang-undang adat Melayu diikuti akan tetapi dengan pengaruh British melalui perjanjian yang dibuat antara raja-raja Melayu dan pihak British yang menghendakkan raja-raja Melayu mengikut nasihat British didalam semua perkara pentadbiran kecuali ugama Islam dan adat Melayu undang-undang Inggeris telah dimasukkan. Ini telah dibuat dengan dua jalan yang pertama dengan perundangan yang telah diadakan seperti Kanun Keseksaan, Enakmen Keterangan, Enakmen Kontrak, Kanun Acara Jenaya, Kanun Acara Sivil, dan Enakmen Tanah, yang semuanya berasas kepada undang-undang Inggeris. Di dalam bidang-bidang itu undang-undang Islam telah tidak lagi berkuasa. Jalan yang kedua ialah dengan keputusan hakim-hakim yang telah dilantik bagi mahkamah-mahkamah awam yang telah ditubuhkan. Akhirnya dengan beberapa perundangan mengenai undang-undang Sivil, yang akhirnya Ordinan Undang-Undang Sivil, 1956, telah diperuntukan melainkan ada ubahsuaian yang telah dibuat atau akan dibuat oleh undang-undang bertulis yang berkuatkuasa Mahkamah hendaklah di Malaysia Barat atau dimana-mana bahagiannya memakai Common Law England dan kaedah-kaedah ekuiti seperti yang ditadbirkan di England pada 7 April 1956. Di Sabah dan Sarawak juga sungguhpun pada mulanya undang-undang



anak negeri (termasuk undang-undang Islam) diikuti, akan tetapi dengan cara-cara perundangan dan keputusan hakim undang-undang Inggeris telah dimasukkan dan akhirnya diperuntukkan juga jika tidak ada undang-undang bertulis yang berkuatkuasa, mahkamah hendaklah memakai *comon law* England dan kaedah ekuiti bersama dengan statut-statut pemakaian am, seperti yang ditadbirkan atau berjalan kuatkuasa di England pada 1 Disember 1951 (bagi Sabah) dan 12 Disember 1949 (bagi Sarawak).

Bertambah pula di dalam semua soal dan isu berkaitan dengan undang-undang persaudagaran amnya, undang-undang yang akan ditadbirkan jika tidak ada undang-undang bertulis ialah undang-undang yang ditadbirkan di England pada 7 April 1956 (bagi negeri-negeri Melayu) dan yang semasa (bagi Pulau Pinang, Melaka, Sabah dan Sarawak).

Apabila Persekutuan Tanah Melayu mencapai kemerdekaannya pada tahun 1947, bolehlah dikatakan kuasa British dan kerajaan pusat telah diambil alih oleh Kerajaan Persekutuan sedangkan negeri-negeri diberi kuasa terhadap didalam membuat perundangan dan autonomi. Mengenai perundangan berhubung dengan Hukum Syarak, Perkara 1 Senarai Negeri menyebutkan kuasa Kerajaan negeri seperti berikut -

Kecuali di wilayah-wilayah Persekutuan, Hukum Syarak dan undang-undang diri dan keluarga bagi orang yang menganut agama Islam, termasuk Hukum Syarak berhubung dengan mewarisi harta berwasiat dan tak berwasiat, pertunangan, perkahwinan, perceraian,



maskahwin, nafkah, pengambilan anak angkat, taraf anak, penjagaan anak, pemberian, pembahagian harta dan amanah bukan khairat, wakaf dan ta'arif dan peraturan amanah dan khairat agama, melantikan pemegang-pemegang amanah dan perbadanan bagi orang-orang mengenai pemberian agama Islam dan khairat, yayasan, amanah, khairat dan yayasan khairat yang dijalankan kesemuanya sekali dalam negeri; 'adat istia'adat Melayu; zakat, fitrah dan baitulmal atau hasil agama yang seumpamanya; masjid dan mana-mana tempat sembahyang awam untuk orang Islam; mengadakan dan menghukum kesalahan-kesalahan yang dilakukan oleh orang-orang yang menganut agama Islam terhadap rukun Islam, kecuali mengenai perkara-perkara yang termasuk dalam senarai Persekutuan, penubuhan, organisasi dan prosedur mahkamah-mahkamah Syariah, yang akan mempunyai bidang kuasa hanya keatas orang-orang yang menganut agama Islam dan hanya mengenai mana-mana perkara yang termasuk didalam perenggan ini, tetapi tidak mempunyai bidangkuasa mengenai kesalahan-kesalahan kecuali setakat yang diberi oleh undang-undang persekutuan; mengawal pengembangan i'tikad dan kepercayaan antara orang-orang yang menganut agama Islam; menentukan perkara-perkara Hukum Syarak dan i'tikad dan adat istiadat Melayu".

Bidang terutama dimana undang-undang Islam dipakai di Malaysia ialah undang-undang diri dan keluarga bagi orang-orang yang menganuti agama Islam. Didalam perkara ini semua negeri di Malaysia telah mengadakan perundangan mengenai Undang-undang Keluarga Islam. Pada amnya perundangan itu telah mengadakan cara pentadbiran undang-undang keluarga Islam yang lebih baik.



Mengenai perkahwinan, undang-undang itu mengikut Hukum Syarak berhubung dengan rukun-rukun nikah iaitu lelaki yang bakal menjadi suami, perempuan yang bakal menjadi isteri, wali, dua orang saksi dan ijab dan qabul. Selain dari itu perundangan itu mengadakan peruntukan pentadbiran mengenai umur perkahwinan (lapan belas tahun bagi lelaki dan enam belas tahun bagi perempuan), persetujuan kedua-dua pihak dan wali, termasuk hakim atau qadhi sebagai wali hakim jika wali tidak boleh dikesan atau jika wali telah enggan memberi persetujuannya dengan tiada sebab yang munasabah, kawalan poligami yang memerlukan kebenaran mahkamah dan pendaftaran perkahwinan yang dimestikan. Mengenai perhubungan antara suami dan isteri, Hukum Syarak memberi hak kepada isteri dan ia boleh umpamanya menggunakan nama asalnya, memiliki hartanya dan menguruskan hak dan tanggungannya. Perceraian mengikut Hukum Syarak dimana mengikut sabda Nabi (s.a.w.) yang bermaksud perceraian adalah "barang yang halal yang amat dibenci oleh Allah". Perceraian dibolehkan apabila perkahwinan telah pecahbelah, akan tetapi semua usaha hendaklah dijalankan untuk mendamaikan pihak-pihak perkahwinan itu, termasuk perlantikan pendamai dan hakam. Suami boleh melafazkan talaq akan tetapi mengikut peruntukan pentadbiran perundangan itu, ia dikehendaki melafazkan talaq dihadapan dan dengan kebenaran mahkamah. Isteri pula boleh memohon perceraian secara tebus talak, atau cerai taklik atau fasakh. Semua perceraian hendaklah didaftarkan. Selepas perceraian isteri berhak menuntut nafkah eddah, muta'ah dan pembahagian harta sepencarian. Mengenai hak jagaan jika anak itu masih kecil, ibu yang lebih berhak mendapat hak jagaan. Jika anak itu sudah mumayyiz, ia



boleh memilih hendak tinggal dengan bapa atau ibu. Sungguhpun ibu itu telah berkahwin semula dengan seorang lelaki yang tidak mempunyai pertalian dengan anak itu, ia boleh terus diberi hak jagaan anak itu jika ini bagi kebajikan anak itu dan tidak menyentuh muslihatnya. Didalam semua kes, untuk memutuskan dalam jagaan siapakah seorang anak patut diletakkan pertimbangan yang utama ialah kebajikan anak itu. Kewajipan menanggung nafkah anak yang belum boleh menanggung nafkahnya sendiri dipikul oleh bapa.

Pada masa dahulu terdapat banyak perkara dimana mahkamah sivil boleh menjalankan bidangkuasanya sungguhpun perkara itu mengenai undang-undang diri dan keluarga orang-orang Islam. Umpamanya kemungkiran pertunangan telah dianggap sebagai kemungkiran kontrak, yang membolehkan gantirugi diberi oleh mahkamah sivil (Nafsiah lwn Abdul Majid [1969] 2 MLJ 174). Tuntutan sebahagian harta sepencarian telah dianggap sebagai tuntutan mengikut adat Melayu dan telah diputuskan oleh mahkamah sivil (Roberts lwn Ummi Kalthom [1966] 1 MLJ 163 dan Boto lwn Jaffar [1985] 2 MLJ 98). Tuntutan hak jagaan anak boleh diputuskan dibawah Akta Penjagaan Kanak-kanak, 1966, dan perintah boleh dibuat oleh Mahkamah Sivil (Myriam lwn Ariff [1971] 1 MLJ 265 dan Abdul Ghani lwn Sheriliza [198] 3 MLJ 153). Sahnya suatu perkahwinan dimana pihak-pihaknya berlainan agama atau berlainan domisil hanya boleh diputuskan oleh mahkamah sivil (In re Maria Hertogh [1951] MLJ 65. Kesahtarafan seorang anak diputuskan mengikut seksyen 112 Akta Keterangan jika perkara itu perlu diputus oleh mahkamah sivil (Ainan lwn Syed Abubakar [1939] MLJ 219).



Satu langkah untuk mengelakkan konflik seperti itu dimasa hadapan telah diambil dengan pindaan kepada Perkara 121 Perlembagaan Persekutuan yang memperuntukkan bahawa Mahkamah Tinggi dan mahkamah-mahkamah bawahan awam tidaklah boleh mempunyai bidangkuasa berkenaan apa-apa perkara dalam bidangkuasa Mahkamah Syariah (Akta A 704 Tahun 1988). Walaubagaimanapun terdapat lagi banyak perkara dimana konflik boleh timbul.

Sungguhpun pada amnya Akta Membahruai Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian), 1976 tidak boleh dipakai bagi seseorang Islam, atau bagi seseorang yang berkahwin dibawah Hukum Syarak, namun demikian seksyen 51 Akta itu memperuntukkan jika suatu pihak kepada suatu perkahwinan telah masuk Islam, pihak yang satu lagi yang tidak masuk Islam boleh mempetisyen untuk perceraian selepas tamat tiga bulan dari tarikh masuk Islam itu. Peruntukan ini membuatkan kemasukkan Islam itu satu kesalahan berkenaan dengan perkahwinan yang memberikan pihak yang tidak bersalah hak memohon perceraian. Sebaliknya orang yang dianggap bersalah memasuki Islam itu tidak diberi apa-apa hak. Ia tidak boleh memohon perceraian dibawah Akta Pembahruan Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) itu, dan oleh kerana perkahwinan yang asal itu dikehendaki berterusan sehingga dibubarkan dengan perintah Mahkamah Tinggi (S.4(3)) orang itu tidak mempunyai apa-apa remedi. Sungguhnya orang yang telah masuk Islam itu, boleh memohon kepada Mahkamah Syariah untuk mengesahkan perkahwinan itu terbatal mengikut Hukum Syarak, kesan pengesahan oleh Mahkamah Syariah itu masih ragu-ragu (Pedley lwn Majlis Ugama Islam, Pulau Pinang [1990] 2 MLJ 307).



Pada masa sekarang Mahkamah Syariah tidak mempunyai bidangkuasa memutuskan suatu kes kecuali jika semua pihak yang terlibat menganuti agama Islam dan oleh kerana itu penyelesaiannya hanya meminda seksyen 51 Akta Membahruai Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) itu, untuk memperuntukan jika suatu pihak kepada suatu perkahwinan telah masuk Islam, mana-mana pihak boleh mempetisyen kepada Mahkamah Tinggi untuk perceraian. Ini sebetulnya lebih selaras dengan prinsip Akta itu bahawa kepecahbelahan perkahwinan hendaklah menjadi alasan tunggal bagi perceraian (S. 53).

Terdapat juga perkara-perkara lain dimana mahkamah sivil boleh menjalankan bidangkuasa didalam urusan kekeluargaan sungguhpun semua pihak yang terlibat menganuti agama Islam. Antaranya ialah -

- (a) Keputusan mengenai kesahtarafan seorang anak boleh dibuat mengikut Hukum Syarak seperti yang diperuntukkan didalam Akta atau Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam atau mengikut undang-undang Inggeris dibawah seksyen 112 Akta Keterangan. Adalah dicadangkan S. 112 Akta Keterangan itu tidak terpakai bagi orang Islam.
- (b) Didalam banyak Akta atau Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam, pertunangan masih disebut sebagai kontrak (Lihat umpamanya S.15 Akta Undang-Undang Keluarga Islam, Wilayah Persekutuan, 1984). Ini perlu dipindah.



(c) Perundangan mengenai Undang-Undang Keluarga Islam didalam banyak negeri masih merujuk kepada Akta Penjagaan Kanak-kanak, 1961 (Lihat umpamanya S.103 Akta Undang-Undang Keluarga Islam, Wilayah Persekutuan, 1984). Peruntukan ini hendaklah dimansokhkan supaya jelas Akta Penjagaan Kanak-kanak, 1961, itu tidak terpakai bagi orang-orang Islam.

(d) Mahkamah Syarak dan ulema Islam di Malaysia hendaklah menegaskan bahawa harta sepencarian bukan lagi perkara adat Melayu akan tetapi telah diterima sebagai sebahagian Hukum Syarak dan Mahkamah Syariah hendaklah memutuskannya. "mengikut syarat-syarat yang ditentukan oleh Hukum Syarat" (S. 2 Akta Undang-Undang Keluarga Islam, Wilayah Persekutuan, 1984). Kes-kes yang diputuskan oleh Mahkamah Sivil tidak boleh lagi diikuti.

Akta Perempuan Bersuami, 1957, pada masa sekarang, dikenakan kepada semua perempuan bersuami tertakluk mengenai perempuan Islam bersuami dan hak dan tanggungan mereka kepada peruntukan undang-undang Islam dan adat Melayu yang menentukan perkara perhubungan antara suami isteri. Oleh kerana terdapat beberapa perkara didalam Akta itu yang tidak sesuai dengan undang-undang Islam (seperti hak tuntutan didalam kes jenayah dan tort) mungkin lebih baik dikecualikan perempuan Islam Bersuami dari Akta itu dan jika perlu diadakan suatu Akta lain mengenai hak dan tanggungan perempuan Islam bersuami.



Pada masa sekarang bidangkuasa mengenai probet dan pentadbiran harta pesaka di beri kepada Mahkamah Tinggi, walaupun mengenai harta pesaka orang Islam. Mahkamah Syariah hanya mempunyai bidangkuasa menentukan Hukum Syarak mengenai mewarisi harta pesaka, berwasiat dan tak berwasiat. Adalah lebih baik jika bidangkuasa mengenai probet dan pentadbiran harta pesaka orang-orang Islam diserahkan kepada Mahkamah Syariah. Mahkamah Syariah juga hendaklah diberikuasa memutuskan semua kes mengenai pemberian, amanah dan wakaf antara orang-orang Islam. Mungkin perlu dipindah Akta Pemegang Amanah supaya memperuntukan amanah tidak termasuk wakaf yang ditubuhkan mengikut Hukum Syarak. Dengan cara ini konflik yang timbul didalam pentadbiran harta pesaka, pemberian, amanah dan wakaf boleh dijelaskan dan semua kes itu diputuskan oleh Mahkamah Syariah mengikut Hukum Syarak.

Satu kemushkilan yang timbul oleh kerana Mahkamah Syariah adalah mahkamah negeri dan hanya mempunyai bidangkuasa didalam negeri masing-masing. Oleh kerana itu perintah yang dibuat oleh Mahkamah Syariah mengenai perkahwinan, perceraian, hak jagaan anak dan nafkah hanya boleh dikuatkuasakan didalam negeri itu. Adalah perlu diadakan undang-undang untuk membolehkan proses, perintah dan penghakiman Mahkamah Syariah didalam satu negeri dijalankan, diiktiraf dan diberi kuatkuasa di negeri-negeri lain. Khususnya berhubung dengan Akta Perempuan Bersuami dan Kanak (Penguatkuasaan Nafkah), 1968, peruntukan hendaklah dibuat untuk menguatkuasakan perintah nafkah melalui perintah tahanan pendapatan diluar negeri dimana ia dibuat.



Sungguhpun di Malaysia terdapat dua undang-undang, iaitu Akta Membahrui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian), 1976 yang dikenakan kepada orang bukan Islam dan Akta dan Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam yang dikenakan kepada orang Islam, terdapat juga beberapa perkara dimana undang-undang seakan-akan sama. Satu perbezaan yang terbesar ialah sungguhpun Akta Membahrui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976, memperuntukan perkahwinan hendaklah monogamous, Akta dan Enakmen Undang-Undang Keluarga Islam membolehkan seorang lelaki Islam berkahwin lebih dari satu isteri (hingga empat) jika ia memenuhi syarat-syarat dibawah Hukum Syarak dan perundangan itu dan selepas mendapat kebenaran mahkamah. Hukuman Syarak memandang perhubungan jenis diluar nikah sebagai satu jenayah yang berat dan oleh kerana itu ia mengharam zina dan menghalalkan perkahwinan.

Didalam undang-undang perniagaan dan persaudagaraan di Malaysia, pada amnya jika tidak terdapat undang-undang bertulis, undang-undang di England adalah terpakai, iaitu undang-undang England pada 7 April 1956 (bagi negeri-negeri Melayu) atau undang-undang England semasa (bagi Pulau Pinang, Melaka, Sabah dan Sarawak). Kebanyakan undang-undang itu terdapat didalam undang-undang bertulis yang mengikut undang-undang Inggeris atau Australia. Konflik yang boleh timbul ialah kerana, riba di haramkan didalam Hukum Syarak dan oleh kerana doktrin caveat emptor tidak diterima didalam Islam. Bahru-bahru ini di Malaysia satu sistem alternatif telah dibuka bagi orang-orang Islam, didalam urusan bank, insurans, sewa-beli, hutang untuk membeli rumah dan kereta dan pajak gadai, didalam mana urusan-urusan boleh dijalankan



tanpa melibatkan riba dengan menggunakan kontrak mudarabah, murabahah, bai-bi-thamin ajil dan seumpamanya. Kontrak didalam Islam berbasas kepada persetujuan bebas dua-dua pihak dan prinsipnya ialah syarat-syarat kontrak itu hendaklah difaham dengan jelas dan diterima oleh semua pihak. Juga menjadi tanggungjawab penjual barang memberitahu semua cacatan yang diketahui olehnya mengenai barang itu. Skop penggunaan undang-undang Islam didalam urusan perniagaan boleh diperluaskan melalui persetujuan pihak-pihak bahawa undang-undang yang digunakan bagi urusan itu ialah undang-undang Islam dan pertikaian hendaklah dirujuk dan diselesaikan melalui timbangtara oleh penimbangtara atau hakam yang mengikut undang-undang Islam.

Undang-Undang Jenayah Islam, seperti bidang undang-undang lain, berpunca dari wahyu daripada Allah. Ia berdasar atas prinsip taqwa atau keyakinan kepada adanya Allah, yang mendorongkan orang-orang Islam mematuhi kepada suruhan Allah dan menjauhi semua larangan Allah. Sebagai orang Islam kita mempercayai adanya hari balasan dan hari akhirat dimana manusia akan disoal dan diberi balasan semua perbuatan mereka di dunia seperti yang disebut didalam Al-Quran maksudnya -

"Pada hari itu manusia akan keluar berselerak dari kubur masing-masing untuk diperlihatkan kepada mereka balasan amal-amal mereka. Maka sesiapa berbuat kebajikan seberat dzarrah, nescaya akan dilihatnya. Dan siapa berbuat kejahatan seberat dzarrah, nescaya akan dilihatnya".

(Surah al-Zalzalah (99) : 6 -8)



Tujuan undang-undang jenayah Islam ialah bukan menghukum akan tetapi mengajar. Ia hendak mengajar lelaki dan perempuan supaya hidup mengikut ajaran Allah dan menjauhi kesalahan yang mereka disuruh menjauhi supaya mereka mendapat ganjaran dan mengelak hukuman bukan sahaja di dunia ini akan tetapi juga di akhirat. Dibawah Perlembagaan Persekutuan kini bidangkuasa Mahkamah Syariah didalam kes-kes jenayah terhad kepada kesalahan taazir sahaja. Di dalam undang-undang Islam ada beberapa kesalahan seperti zina, pencurian, hirabah, qadhf, dan meminum minuman keras dipandang sangat berat dan dihukum dengan hukuman mandatori atau hadd seperti yang diperuntukan didalam Al-Quran dan sunnah. Beban membuktikan kesalahan-kesalahan itu adalah sangat berat dan boleh dikata diperlukan di bukti hingga tidak ada keraguan samasekali. Jenis kesalahan yang kedua didalam undang-Undang Islam adalah kesalahan yang dikenakan qisas atau diyat. Kesalahan ini ialah kesalahan-kesalahan kepada tubuh manusia dan merangkumi kesalahan dari mencedera orang kepada membunuh. Di dalam Kitab Taurat yang disampaikan kepada kaum Yahudi telah ditetapkan prinsip balasan, iaitu jiwa dibalas dengan jiwa, mata dibalas dengan mata, hidung dibalas dengan hidung, telinga dibalas dengan telinga, gigi dibalas dengan gigi dan luka-luka dibalas seimbanganya. Didalam Al-Quran di tambah maksudnya "Tetapi sesiapa yang melepas hak membalasnya maka menjadilah ia penebus dosa baginya" (Surah Al-Maidah (5) : 45). Sungguhpun perinsip balasan disebut, akan tetapi terdapat nasihat yang berat untuk belas kasihan dan ampun dan menerima pampasan. Oleh kerana itu ditegaskan didalam Al-Quran maksudnya "Dan didalam hukuman qisas itu ada jaminan hidup bagi kamu, wahai orang yang berakal



fikiran supaya kamu bertaqwa" (Surah Al-Baqarah (2) : 179). Jelaslah disini terdapat konflik antara peruntukan didalam Kanun Keseksaan dan peruntukan dibawah undang-undang Islam dan juga antara undang-undang tort dibawah Common Law dan hukuman diyat dibawah undang-undang Islam. Peruntukan didalam Kanun Keseksaan boleh dianggap sebagai bagi kesalahan taazir (kecuali mengenai membunuh dan durhaka). Akan tetapi perlulah ditambahnya dengan peruntukan mengenai hudud dan diyat. Hukuman hudud boleh dipandang sebagai hukuman yang paling berat yang boleh dikenakan apabila keterangannya cukup jelas dan kesalahannya begitu berat, akan tetapi apabila pembuktian atau jenis kesalahan itu tidak sampai kepada apa yang dikehendaki untuk hukuman hudud atau mandatori itu, hukuman taazir boleh dikenakan. Sebalik didalam kes membunuh dengan sengaja dan niat membunuh, hukuman mati boleh dimaafkan oleh keluarga simati atas belaskasihan dan ampun dan bayaran pampasan. Bagi pembunuhan tidak sengaja atau tersilap atau menyebabkan kecederaan, diyat akan ditetapkan oleh mahkamah. Selain dari itu mahkamah boleh didalam kes pembunuhan atau kecederaan itu dimana diyat telah dibayar, mengenakan hukuman taazir.

Undang-Undang acara dan keterangan yang dipakai di mahkamah sivil di Malaysia adalah digubal mengikut Akta Keterangan dan Kanun Acara Jenayah di India dan kaedah-kaedah acara sivil yang diikuti di England. Setakat mana undang-undang itu tidak bertentangan dengan prinsip undang-undang Islam, ia boleh diterima pakai akan tetapi ada beberapa prinsip didalam undang-undang Islam yang perlu ditambah didalam undang-undang itu. Sebagai contoh, selain



dari bayyinah atau keterangan saksi yang boleh diterima dan dinilai oleh mahkamah, terdapat shahadah atau keterangan yang berat yang mana jika di terima akan mengikat mahkamah dan inilah keterangan yang diperlukan untuk membuktikan kesalahan hudud. Pengakuan salah di luar mahkamah biasanya tidak boleh diterima didalam kes-kes jenayah dan didalam kes zina pengakuan salah didalam mahkamah pun boleh ditarik balik hingga hukuman yang dikenakan itu dilaksanakan. Didalam kes-kes sivil, Hukum syarak mengalakan perdamaian atau sulh dan adakalanya sumpah boleh digunakan untuk menyelesaikan kes itu.

Akta Undang-Undang Sivil, 1956, di Malaysia memperuntukkan melainkan ada ubahsuaian yang telah dibuat atau akan dibuat oleh undang-undang bertulis yang berkuatkuasa di Malaysia mahkamah hendaklah di Malaysia Barat atau mana-mana bahagian daripadanya memakai common law England dan kaedah-kaedah ekuiti seperti yang ditadbirkan di England pada 7 April 1946. Peruntukan seperti ini pada mulanya diadakan didalam Enakmen Undang-Undang Sivil, 1937, pada masa negeri-negeri Melayu dibawah naungan British akan tetapi sayangnya ia telah diteruskan selepas kita mencapai kemerdekaan. Jika peruntukan itu dikenakan dengan tepat, nampaknya ruangnya kecil untuk mengenakan undang-undang Islam, jika ia tidak diperuntukkan didalam undang-undang bertulis, iaitu undang-undang yang dibuat oleh badan perundangan Persekutuan atau negeri. Inilah sebabnya hakim-hakim mahkamah sivil tidak dapat mengikut dan menggunakan undang-undang Islam oleh kerana mereka menganggap terpaksa mengikut common law Inggeris dan kaedah-kaedah ekuiti yang ditadbirkan di England. Oleh kerana itu kita



belum dapat kemerdekaan didalam undang-undang kita. Hakim-hakim Mahkamah Sivil juga telah tidak cenderung menggunakan syarat kepada seksyen 3 Akta Undang-Undang Sivil 1956 yang memperuntukan undang-undang Inggeris dipakai sejauh yang diizinkan oleh keadaan-keadaan di negeri-negeri dalam Malaysia dan penduduknya dan tertakluk kepada penyesuaian-penyesuaian yang dianggap perlu oleh keadaan-keadaan tempatan". Seorang Islam di Malaysia diwajibkan menerima dan mengikut Hukum Syarak dan bolehlah dihujjahkan bahawa common law Inggeris dan kaedah-kaedah ekuti Inggeris itu hendaklah dipakai "sejauh yang diizinkan oleh keadaan" negara Malaysia yang merdeka dimana Islam menjadi ugamanya dan kaedaan penduduk Islamnya yang wajib mengikut Hukum Syarak. Sayangnya hujjah ini tidak pernah diterima dan tidak mungkin diterima di mahkamah-mahkamah sivil. Mungkinlah hakim-hakim dan peguam-peguam di mahkamah sivil tidak yakin tentang keperluan dan bakinya seorang Islam mengikut Hukum Syarak itu.

Pada masa dahulu semua hakim, pegawai undang-undang dan peguam kita mendapat didekan undang-undang di England dan mereka sangat dipengaruhi oleh common law England. Kita harap dengan banyak pelajar undang-undang di Universiti dan Institut di Malaysia, khususnya apabila pelajar-pelajar itu mempelajari undang-undang Islam dan undang-undang sivil umpamanya di Universiti Kebangsaan Malaysia dan Universiti Islam Antarabangsa sikap hakim, pegawai undang-undang dan peguam kita akan berubah dan mereka tidak lagi mengagungkan Common Law Inggeris akan tetapi berusaha mengikut Common Law Malaysia dan common law Islam.



Di dalam keadaan sekarang ini terpulanglah kepada Mahkamah-mahkamah Syariah dan hakim-hakim dan pegawai-pegawainya untuk menunjukkan bahawa Hukum Syarak bukan sahaja sistem undang-undang yang terbaik akan tetapi ia boleh ditadbirkan supaya membawa keadilan kepada semua orang. Seperti yang disebut didalam Al-Quran maksudnya -

"Sesungguhnya Allah menyuruh -- apabila kamu menjalankan hukum diantara manusia, kamu menghukumkan dengan adil.

(Surah An-Nisaa (4) : Sebahagian Ayat 58)

Beban yang dipikul oleh Mahkamah Syariah, hakim dan pegawainya adalah sangat berat. Merekalah yang akan menunjukkan bahawa Hukum Syarak bukan sahaja undang-undang yang terbaik dari segi teorinya akan tetapi ia adalah terbaik didalam pelaksanaan praktiknya. Jika hakim-hakim dan pegawai-pegawai Mahkamah Syariah gagal didalam tugas beliau, bukan sahaja mereka dikecam akan tetapi Hukum Syarak itu akan dikatakan tidak baik dan tidak adil. Perhatian yang berat perlu diberi kepada pendidikan dan latihan pegawai kehakiman dan perundangan yang akan terlibat dengan pentadbiran Hukum Syarak di Mahkamah Syariah. Mereka perlu di beri latihan dan pengawalan iktisas sekurang-kurangnya seperti hakim dan pegawai di mahkamah sivil; kalau tidak pun lebih baik. Segala usaha hendaklah dibuat untuk meningkat pentadbiran Hukum Syarak di Mahkamah Syariah supaya Hukum Syarak dapat diterima sebagai undang-undang yang adil dan saksama oleh bukan sahaja orang Islam akan tetapi oleh semua orang di Malaysia.